

La consécration des partenariats d'innovation dans les nouvelles directives relatives aux marchés publics



Thierry DAL FARRA

Avocat à la Cour Associé – UGGC Avocats

RÉSUMÉ

Issu des nouvelles directives 2014/24/UE et 2014/25/UE relatives aux marchés publics, applicable à tous les secteurs d'activité, le partenariat d'innovation est un nouveau type de marché public, spécifiquement adapté à l'achat de fournitures, services ou travaux innovants. Fondé sur l'innovation et non plus seulement sur la réalisation de performances, il offre une perspective nouvelle aux investissements des opérateurs économiques en matière de R&D.

Il semble évident que l'achat public doit encourager l'innovation, au moins pour deux raisons.

La première tient au fait que les pouvoirs publics, qui ont la charge de la réalisation des ouvrages publics et du fonctionnement des services publics, ont le souhait légitime que la réponse à leurs besoins traduise l'utilisation des techniques les plus avancées dans tous les domaines.

La deuxième réside dans le fait que l'encouragement à l'innovation par l'achat public est susceptible de créer de la valeur ajoutée et de renforcer la compétitivité des opérateurs économiques qui, en pratique, dans le domaine de la commande publique, travaillent essentiellement sur le territoire national. Or les marchés publics, qui représentent environ 17 % du PIB européen¹, sont une manne considérable, qui peut avoir un effet structurant sur l'économie, les pouvoirs publics nationaux étant invités à favoriser, par l'innovation, une « croissance durable, intelligente et inclusive »².

Longtemps, l'innovation n'a été encouragée qu'indirectement : soit par la voie des spécifications fonctionnelles et le régime des variantes, soit par l'exclusion de certains contrats de recherche et développement (R&D) du champ d'application du code des marchés publics³, soit encore par le recours à des contrats fondés sur la performance : marchés de définition, contrats de partenariat⁴, marchés de

performance de l'article 73 du code des marchés associant *conception, réalisation et exploitation ou maintenance*, marchés réalisés dans le cadre de programmes expérimentaux prévus par l'article 75 du même code, etc.

Les nouvelles directives sur les marchés publics ont franchi une étape supplémentaire en créant un nouvel instrument contractuel spécifique, dont l'utilisation sera liée non plus seulement à la performance, mais à l'innovation : le *partenariat d'innovation*⁵.

Les pouvoirs publics français ont rapidement manifesté leur intérêt pour ce nouveau type de marché, qui entrera prioritairement dans le code des marchés, en principe par la création d'un article 70.1 et d'un article 70.2, conformément à un prochain décret *portant mesures de simplification applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique*, qui devrait être mis en vigueur le 1^{er} octobre 2014⁶.

Cette nouvelle catégorie de marchés publics constituera la cinquième hypothèse de recours à une procédure négociée avec publicité préalable et mise en concurrence⁷.

Fer de lance de la stratégie *Europe 2020* dont la Commission a tracé les grandes lignes dans une communication du 3 mars 2010⁸, l'innovation est désormais au cœur des préoccupations européennes et nationales en matière d'achat public.

⁵ Articles 26 et 31 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; et articles 44 et 49 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

⁶ Article 12 du projet de décret *portant mesures de simplification applicable aux marchés et contrats relevant de la commande publique* : <http://www.economie.gouv.fr/daj>

⁷ Le futur décret créera un 5^o au I de l'article 35 du code des marchés publics.

⁸ Communication de la Commission du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020 : Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive » [COM(2010) 2020 final – Non publié au *Journal officiel*].

¹ Commission Européenne – IP/11/105 – 28/01/2011.

² Cons. 95 de la directive 2014/24 UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

³ Cf. article 3.10 du code des marchés publics.

⁴ Cf. « La mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat : une institution au service de l'innovation », Noël de Saint-Pulgent, *BJCP* n° 47, p. 234 et s.

I. Assez ancien, l'encouragement à l'innovation n'avait jamais fait l'objet d'un contrat spécifique admis par le droit européen

Au-delà des incitations indirectes précitées à la performance, il avait tout de même existé en droit français, un mécanisme qui se rapprochait des nouveaux partenariats d'innovation et avait pu s'avérer utile pour la satisfaction de certains besoins auxquels seules des solutions innovantes pouvaient répondre.

Ce mécanisme consistait à passer, dans un premier temps, des marchés de définition, qui permettaient aux pouvoirs adjudicateurs de confier à plusieurs opérateurs économiques la définition de leurs besoins en leur confiant le soin « d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur, le cas échéant au moyen de la réalisation d'une maquette ou d'un démonstrateur [...] [ou encore] [...] d'estimer le niveau du prix des prestations, les modalités de sa détermination et de prévoir les différentes phases de l'exécution des prestations »⁹, puis, dans un second temps, à attribuer, sans nouvelle mise en concurrence, le ou les marchés d'exécution permettant de mettre en œuvre la solution retenue.

Malheureusement, l'absence de remise en concurrence pour l'attribution des marchés d'exécution a été censurée par le juge communautaire¹⁰. Et après avoir instauré une mise en concurrence au stade de la passation des marchés d'exécution limitée aux seuls attributaires des marchés de définition, la France a une nouvelle fois été condamnée¹¹.

La Cour a jugé, d'une part, que la France avait créé une procédure qui ne figurait pas au nombre de celles que la directive 2004/18CE du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services énumérait limitativement¹² et, d'autre part, que la limitation de la mise en concurrence des marchés d'exécution aux seuls opérateurs titulaires des marchés de définition provoquait un traitement discriminatoire contraire au principe d'égalité¹³.

La remise en cause par le droit communautaire des marchés de définition n'a pas freiné le développement parallèle de solutions destinées à stimuler l'innovation. Du reste, la Commission européenne avait elle-même présenté, dans une communication du 14 décembre 2007, des modèles de passation de marchés publics¹⁴ per-

mettant de faciliter l'achat de solutions innovantes. Ces modèles ont été relayés par le *Guide de l'achat public innovant* de la direction des affaires juridiques de Bercy¹⁵. Rien n'interdit de continuer à les utiliser¹⁶, même si on peut raisonnablement penser que le partenariat d'innovation devrait en prendre le relais.

Les modèles ainsi exposés comprennent notamment un système d'achat public décomposé en deux étapes, avant et après commercialisation.

L'achat public avant commercialisation consiste à passer un marché de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats¹⁷.

C'est dans le cadre de ce dernier que doivent être effectués des travaux de R&D permettant de mettre au point un produit, un service ou des travaux.

À la suite de ce premier marché de R&D, un nouveau marché doit être passé après publicité et mise en concurrence afin que la personne publique puisse acquérir les fournitures, les services et les travaux développés dans le premier marché.

Ce système rencontre toutefois un succès relatif dans la mesure où les participants au premier marché ne sont pas assurés d'être les attributaires du second. En outre, la procédure de publicité et mise en concurrence pour l'attribution du

¹² « [...] aux termes dudit article 28, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de passer leurs marchés publics en recourant soit à la procédure ouverte ou restreinte, soit, dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 29 de la directive 2004/18, au dialogue compétitif, soit encore, dans les circonstances spécifiques expressément énoncées aux articles 30 et 31 de celle-ci, à une procédure négociée. La passation de marchés publics au moyen d'autres procédures n'est pas autorisée par cette directive ». CJUE 10 décembre 2009, *Commission européenne c/ République française*, aff. C-299/08, point 29.

¹³ « À cet égard, il convient de relever que la procédure des marchés de définition prévue par le code des marchés publics tel qu'adopté par le décret n° 2006-975 a pour objet l'attribution de deux types de marchés, à savoir les marchés de définition et les marchés d'exécution, ces derniers étant adjugés à la suite d'une mise en concurrence limitée aux seuls titulaires des premiers. De ce fait, les opérateurs économiques qui pourraient être intéressés à participer aux marchés d'exécution, mais qui ne sont pas titulaires de l'un des marchés de définition, font l'objet d'un traitement discriminatoire par rapport à ces titulaires, contrairement au principe d'égalité, énoncé comme principe de passation des marchés à l'article 2 de ladite directive. » CJUE 10 décembre 2009, *Commission européenne c/ République française*, aff. C-299/08, point 40.

¹⁴ Communication de la Commission européenne du 14 décembre 2007 intitulée « Achats publics avant commercialisation promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe ». COM(2007) 799 final.

¹⁵ DAJ, *Guide de l'achat public innovant* « Conjuguer au présent l'innovation avec les politiques d'achat public », Version 2, janvier 2014.

¹⁶ Voir, en ce sens, le considérant 47 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE : « Ces modèles pourraient continuer à être utilisés mais la présente directive devrait également contribuer à faciliter la passation de marchés publics à visée innovante et aider les États membres à atteindre les objectifs de l'Union de l'innovation. »

¹⁷ Ce type de marché est exclu du champ d'application de la directive 2004/18 (article 16.f) précité et du champ d'application du code des marchés publics (art. 3.6°).

⁹ Article 73 du code des marchés public dans sa version abrogée au 29 avril 2010.

¹⁰ CJCE 14 octobre 2004, *Commission des communautés c/ République française*, aff. C-340/02.

¹¹ CJUE 10 décembre 2009, *Commission européenne c/ République française*, aff. C-299/08.

second marché les expose à ce que leurs concurrents s'emparent de leur travail de R&D. Si les pouvoirs adjudicateurs ont pu manifester un certain intérêt pour ce modèle, les industriels demeurent nettement plus sceptiques.

Par ailleurs, on relèvera que si le *Guide de l'achat public innovant* évoque également la possibilité de conclure un marché à tranches comprenant une tranche ferme relative à la conception du produit innovant et une ou plusieurs tranches conditionnelles prévoyant sa fourniture¹⁸, l'usage du marché à tranches reste peu approprié au développement et à l'acquisition de solutions innovantes, dans la mesure où l'exigence de la définition préalable des besoins s'applique aussi aux tranches conditionnelles, alors même que leur contenu dépend précisément des résultats issus de l'exécution de la tranche ferme.

II. Spécifiquement conçu pour l'innovation, le partenariat d'innovation devrait permettre d'améliorer l'efficacité de l'achat public en matière d'encouragement à l'innovation

Le partenariat d'innovation est défini comme un marché public conclu entre un pouvoir adjudicateur (ou une entité adjudicatrice¹⁹) et un ou plusieurs opérateurs économiques (le ou les partenaires) qui vise, à la fois, à confier au(x) partenaire(s) des activités de recherche et développement d'un produit, d'un service ou de travaux innovants et à permettre l'acquisition ultérieure par le pouvoir adjudicateur (ou l'entité adjudicatrice) les fourni-

tures, services ou travaux innovants qui en résultent, à condition qu'ils correspondent aux niveaux de performance et aux coûts maximum préalablement convenus entre le pouvoir adjudicateur et le ou les participants.

Le futur décret de transposition organise cette acquisition conditionnée par un mécanisme d'option d'achat des fournitures, services ou travaux résultant de l'innovation, en prévoyant que le pouvoir adjudicateur ne peut lever l'option que si le résultat correspond aux niveaux de performance et de coût maximum convenus contractuellement, la valeur estimée des fournitures, services ou travaux devant être proportionnée à l'investissement requis pour leur développement.

La condition ainsi posée est évidemment indispensable pour éviter que le pouvoir adjudicateur ne se trouve contraint d'acquiescer des résultats ne correspondant pas à ses attentes ou excédant ses capacités budgétaires.

Tel qu'il est conçu, l'objet du partenariat d'innovation appelle trois remarques.

(i) La première concerne la notion même d'innovation.

Pour permettre la conclusion d'un partenariat d'innovation, l'article 31.1 de la directive fixe deux conditions: la première tient au fait que les fournitures, services et travaux ne doivent pas être « déjà disponibles » sur le marché, la deuxième condition, complémentaire de la précédente, tient au fait que le marché devra tendre à la conception et à l'acquisition de fournitures, services ou travaux dont le caractère innovant viendra de ce qu'ils seront soit totalement nouveaux, soit sensiblement améliorés par les effets attendus du partenariat.

La notion même d'innovation est assez largement entendue, puisque l'article 2.22 de la directive prévoit qu'elle recouvre « [...] y compris mais pas exclusivement des procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode

organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise, notamment dans le but d'aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive ».

Deux conséquences en résultent.

Premièrement l'acheteur public devra non seulement procéder préalablement à une définition exacte de ses besoins fonctionnels, au moins et en tout état de cause sous la forme d'exigences minimales²⁰, comme il est de règle en droit de la commande publique, mais aussi avoir une très bonne connaissance du marché et des opérateurs économiques afin de déterminer si les fournitures, services ou travaux peuvent être considérés comme *déjà disponibles* et quel supplément d'innovation il attend du partenariat envisagé.

Deuxièmement, sur ce dernier point, sa connaissance devra s'étendre à l'organisation des entreprises, dès lors que l'appréciation de la condition d'innovation pourra ne pas être effectuée au vu du seul produit acheté, mais pourra inclure des aspects inhérents aux méthodes et aspects organisationnels des opérateurs économiques du secteur concerné.

En tout état de cause, il sera parfois difficile de déterminer le degré d'innovation qui autorisera, sans risque juridique, la passation d'un partenariat d'innovation. Il serait prudent que les pouvoirs adjudicateurs procèdent, avant de se lancer dans la passation de ce type de marché, à un examen attentif des pratiques du secteur économique concerné par l'achat envisagé.

(ii) Deuxième remarque, le prix sera difficile à déterminer, en l'absence de marché de référence – puisque les fournitures, services et travaux sont précisément innovants.

¹⁸ DAJ, Guide de l'achat public innovant « Conjuguer au présent l'innovation avec les politiques d'achat public », Version 2, janvier 2014.

¹⁹ Le partenariat d'innovation est également prévu pour les entités adjudicatrices aux articles 44 et 49 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

²⁰ L'article 31.1 de la directive prévoit, sur un mode indicatif valant impératif, que « [...] Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider de demander ou non à participer à la procédure. »

La directive est peu explicite sur ce point, se bornant à indiquer prudemment que le marché doit stipuler une « rémunération selon des tranches appropriées »²¹ et que la valeur estimée des fournitures, services et travaux ne doit pas être *disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement*²². Le projet de décret reprend la version positive de la même idée, en prévoyant que la valeur estimée sera proportionnée à *l'investissement requis pour le développement*.

D'autres voies pourraient être explorées, en particulier dans les cas où l'administration a contribué à enrichir le savoir-faire de l'entreprise.

(iii) Pour être efficace et encourager les opérateurs économiques à se porter candidats, le législateur européen a prévu que le partenariat d'innovation devait avoir un double objet.

D'une part, il doit viser à rechercher et à développer des fournitures, services ou travaux innovants. D'autre part, après cette première phase et une fois les résultats obtenus, il est prévu que le pouvoir adjudicateur peut procéder à leur acquisition sans nouvelle mise en concurrence.

Mais contrairement à ce que pourrait laisser entendre une interprétation littérale de la directive et du projet de décret, il ne s'agit pas d'acquérir seulement les résultats de l'activité de R&D du partenaire : le partenariat d'innovation permet en réalité d'acquérir la mise en œuvre desdits résultats, c'est-à-dire la mise en production des fournitures et services ou encore la réalisation des travaux.

Ce n'est pas exactement la même chose : n'acquérir que les résultats de la première phase, de R&D, du partenariat, résultats matérialisés dans un premier temps par des plans, brevets, et autres supports décrivant l'innovation, inciterait peu les opérateurs économiques à s'engager, car leur savoir-faire pourrait être livré à la concurrence dans le cadre de marchés de réalisation

lancés par les pouvoirs adjudicateurs postérieurement à l'acquisition des résultats par ces derniers.

En revanche, acquérir les fournitures, services et travaux innovants résultant de la mise en œuvre matérielle des innovations constitue l'originalité, et sans doute un gage d'efficacité par rapport aux instruments juridiques actuels, du partenariat d'innovation.

Il restera deux difficultés à surmonter sur ce point.

Tout d'abord, il faut espérer que la directive elle-même, en ce qu'elle autorise une acquisition de fournitures, services ou travaux sans remise en concurrence après la phase de conception innovante, ne sera pas censurée par la Cour de justice de l'Union européenne comme le furent les marchés de définition du droit français, au nom du principe d'égalité de traitement²³ : on ne peut exclure que des opérateurs économiques du secteur concerné contestent la réalisation, par les seuls titulaires des partenariats d'innovation, des fournitures, services ou travaux comprenant des innovations ne relevant d'aucun droit de propriété intellectuelle exclusif.

On peut toutefois supposer que le fait que le nouveau partenariat fonde l'acquisition des fournitures, services et travaux sur l'innovation qui s'y trouvera incorporée garantira au dispositif une issue contentieuse différente de celle des marchés de définition, qui se bornaient à pallier l'incapacité du pouvoir adjudicateur à déterminer ses propres besoins.

Deuxième difficulté, le décret de transposition envisagé, en tant qu'il pourrait s'appliquer à des travaux, pourrait avoir, sinon pour objet, du moins pour effet de consacrer une nouvelle hypothèse de marché de conception réalisation, par rapport à l'état actuel des prévisions de l'article 18-I de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage

publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

En matière de travaux, les innovations possibles définies par l'article 2.22 de la directive pourraient en effet largement dépasser les deux exceptions limitativement instaurées par ledit article 18-I de la loi MOP – *motifs d'ordre technique ou engagement sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique*²⁴ – à l'interdiction législative de confondre la mission de conception de l'architecte et celle de réalisation de l'entrepreneur²⁵.

Il reviendra au pouvoir réglementaire de trancher définitivement ce débat, sous le contrôle du juge administratif.

III. Le régime juridique du partenariat d'innovation autorise et invite les parties à l'imagination contractuelle

Il faut préciser à titre liminaire que, si la directive, comme le futur décret, évoque la conclusion d'un partenariat d'innovation avec un ou plusieurs partenaires, il ne fait guère de doute qu'il y aura autant de liens contractuels que d'opérateurs économiques titulaires. Du reste, le dernier alinéa du 2 de l'article 31 de la directive mentionne la possibilité de mettre fin aux

²⁴ Le I de l'article 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée dispose que : « I – Nonobstant les dispositions du titre II de la présente loi, le maître de l'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa en modifiant, en tant que de besoin, pour les personnes publiques régies par le code des marchés publics, les dispositions de ce code. »

²⁵ L'article 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée dispose que « Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur. »

²¹ Cf. article 31.2 de la directive 2014/24/UE.

²² Cf. article 31.7 de la directive 2014/24UE.

²³ Cf. CJUE 10 décembre 2009, *Commission européenne c/ République française*, aff. C-299/08, point 40.

contrats individuels des partenaires, le pluriel confirmant l'analyse.

Pour le reste, le régime juridique du partenariat d'innovation comporte deux originalités intéressantes.

La première originalité du régime issu des nouveaux textes réside dans la possibilité, expressément prévue au bénéfice du pouvoir adjudicateur, de résilier le lien contractuel existant avec le ou les titulaires du partenariat, à l'issue de chaque phase de son exécution.

Le motif de la résiliation n'est pas précisé par la directive, laquelle se borne à évoquer la possibilité, sur la base des objectifs propres à chaque phase, de résilier le partenariat ou de réduire le nombre des partenaires, sans indiquer précisément sur quels critères une telle résiliation ou une telle réduction seraient valablement décidées.

On peut supposer que ceux-ci pourraient être inspirés par l'insuffisance, absolue ou relative, des résultats de tout ou partie des titulaires, par rapport aux attentes du pouvoir adjudicateur, à l'issue de chacune des phases du partenariat et aux objectifs intermédiaires qui sont liés aux dites phases.

Pour autant, il est douteux que la ou les résiliations ainsi prévues puissent être fondées sur la faute, même si certains objectifs ou critères, formulés de manière absolue – et non pas seulement comparative –, ne sont pas atteints.

Par suite, les pouvoirs adjudicateurs, invités par les textes prévoir obligatoirement cette possibilité, devront veiller à stipuler précisément le régime indemnitaire applicable à la rupture des contrats individuels des partenaires évincés en cours d'exécution, en même temps qu'ils devront régler *ab initio* le sort des droits de propriété intellectuelle. Sur ce dernier point, si le partenariat prévoit des activités de recherche séparées et complémentaires, il faudra que le marché soit particulièrement précis sur les conditions dans lesquelles les droits de propriété intellectuelle de tout opérateur quittant le partenariat pourront être utilisés par

le pouvoir adjudicateur et *in fine* par les partenaires poursuivant les phases suivantes de l'exécution du contrat.

Deuxième originalité, le futur décret, interprétant constructivement la directive, instaure une faculté d'ajustement du partenariat à l'issue de chaque phase au profit du pouvoir adjudicateur.

Bien entendu, il s'agira seulement de préciser ou d'ajuster les moyens à mettre en œuvre pour atteindre les objectifs de la phase suivante, les caractéristiques essentielles du partenariat d'innovation ne pouvant être modifiées à cette occasion²⁶.

Assez nouvelle dans son principe, cette faculté, dont le pouvoir adjudicateur devra user avec modération sauf à ouvrir un droit à indemnisation au profit de son partenaire – en vertu du principe de réparation attaché à la mutabilité des contrats administratifs –, pourrait même être étendue à bon nombre d'autres contrats complexes, notamment lorsque les premiers mois d'exécution livrent leurs premiers enseignements à l'administration ou encore lorsque les premiers livrables précisent les engagements de l'entreprise au profit de l'acheteur public (i.e. plans d'assurance qualité et plans de réversibilité notamment, qui ont le plus souvent le statut de livrables, faute de pouvoir être contractualisés avant la conclusion du marché).

Enfin, s'agissant du régime juridique de la passation du contrat, on regrettera toutefois que la directive n'ait pas prévu la possibilité de négocier l'offre finale et de conclure le contrat à l'issue de négociations sur ladite offre.

Le dispositif, assez classique, qui consiste à faire revenir la technique de l'appel d'offres à l'issue de la négociation en interdisant celle-ci après réception des offres finales, est certes inspiré par des considérations de sécurité juridique et de comparabilité des offres.

Mais il peut conduire le pouvoir adjudicateur à quelques déconvenues, lorsque les candidats, qui finissent toujours par apprendre le nombre et l'identité de leurs compétiteurs, comprennent qu'ils sont peu nombreux et s'autorisent à revenir à la dernière minute sur leurs engagements, en formulant des offres finales qui ne correspondent pas au dernier état des négociations.

Il existe sans doute des techniques permettant d'éviter ces désagréments, car il n'est pas interdit que le règlement de la consultation lie l'offre finale à certains engagements précédemment souscrits. Mais la directive ne facilite pas assez la tâche des pouvoirs adjudicateurs sur ce point.

IV. Pour conclure, il faut saluer la mise en place d'un nouvel outil contractuel spécifiquement dédié à l'innovation

Pour autant, l'adjonction de ce nouveau type de marché détériore un peu plus la lisibilité de l'édifice normatif des contrats de la commande publique, en dépit des velléités simplificatrices permanentes des pouvoirs publics depuis plus de dix ans.

Entre un contrat de conception-réalisation dont les motifs techniques, en application de l'article 37 du code des marchés et de l'article 18 de la loi MOP, reposeraient sur la mise en place de techniques innovantes, un contrat de *conception-réalisation-exploitation-maintenance* fondé sur l'article 73-II du code des marchés publics incluant la réalisation de travaux, un contrat de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 incluant la conception de travaux particulièrement complexes et un nouveau partenariat d'innovation relatif à la construction et à l'exploitation maintenance d'un bâtiment innovant, les distinctions deviennent byzantines... ■

²⁶ Cf. article 70.1-II, 1° du projet de décret.